

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection du consommateur dans le commerce mobile

Jacquemin, Hervé

Published in:
M-commerce

Publication date:
2017

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H 2017, La protection du consommateur dans le commerce mobile. Dans *M-commerce*. Ius Mercatorum, Intersentia, Antwerpen, p. 25-54.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR DANS LE COMMERCE MOBILE

Hervé JACQUEMIN

Chargé de cours à l'Université de Namur (CRIDS)

Avocat au barreau de Bruxelles

I. INTRODUCTION

1. **Développement du commerce mobile.** Nombreux sont les consommateurs qui utilisent l'internet pour acquérir des biens et des services. Pendant les premières années du net, à la fin des années nonante, ils se servaient uniquement de leur ordinateur, fixe ou portable, connecté à un réseau de communication électronique, et grâce auquel ils accédaient à des sites transactionnels. Progressivement, avec l'amélioration des moyens de communication (WIFI, 3G et 4G), la polyvalence des téléphones portables (qui ne servent plus seulement à téléphoner mais sont devenus de véritables ordinateurs – des *smartphones*) ou l'apparition des tablettes, le commerce mobile (ou m-commerce) a connu une croissance considérable.¹ Ces appareils mobiles permettent en effet au consommateur de gérer ses comptes bancaires, d'écouter de la musique, de regarder des films, de jouer en ligne, d'intervenir sur les réseaux sociaux ou de faire des achats, à travers le site internet du prestataire – de préférence la version mobile de celui-ci, adaptée à la taille de l'écran – ou son application mobile, préalablement téléchargée par le consommateur.

Ce succès ne surprend guère. L'appareil mobile présente l'avantage d'être à la disposition du consommateur en permanence. La taille des écrans reste plus réduite que celle d'un ordinateur mais les prestataires veillent généralement à prévoir une version mobile de leur site ou une application dédiée, qui garantissent un niveau élevé de convivialité. Ils permettent en outre de passer facilement, en une pression du doigt, du courriel contenant l'offre promotionnelle, à l'application du commerçant pour commander le produit, en passant par le module de *mobile banking* de sa banque pour faire le paiement. A ces différentes étapes, il est en

¹ Voy. notamment OC.D.E., "Electronic and Mobile Commerce", OECD Digital Economy Papers, No. 228, OECD Publishing, Paris, 2013 (<http://dx.doi.org/10.1787/5k437p2gxw6g-en>), pp. 20 et s.

autre possible de s'authentifier et de valider la commande ou l'ordre de paiement par une simple lecture de son empreinte digitale (sans autre introduction de mot de passe).

Pour les contenus numériques, l'appareil mobile est «autosuffisant», en ce sens qu'il servira non seulement à passer la commande, mais également de support pour accéder aux services (réseaux sociaux, jeux en ligne, musique ou vidéos, etc.). Pour les produits commandés en ligne mais livrés ou prestés dans l'environnement traditionnel, *offline*, le *smartphone* et la tablette servent uniquement pour le volet transactionnel de l'acquisition du produit (à l'instar de l'ordinateur), encore que, pour certains services (places de cinéma, *etickets* de transport, etc.), il n'est même plus nécessaire d'imprimer le document, le scan du code barre ou du QR code affiché sur l'écran du *smartphone* étant suffisant.

2. **Enjeu pour les pays en voie de développement.** On note encore qu'au niveau international, et spécialement dans certains pays en voie de développement où l'infrastructure en matière de communications électroniques repose principalement sur le réseau mobile (dont le taux de pénétration est le plus important), l'accès à l'internet se fait majoritairement au moyen d'un appareil mobile (un *smartphone*, en général), connecté au réseau mobile (3G ou 4G).

Aussi les prestataires ont-ils pris l'habitude de proposer des solutions techniquement adaptées au commerce mobile, spécialement dans le domaine bancaire.² On connaît par exemple le succès rencontré par M-Pesa, un système de paiement mobile, lancé en 2007 au Kenya par le premier opérateur mobile et qui est aujourd'hui disponible dans de nombreux pays d'Afrique, avec plus de 18.000.000 d'utilisateurs.

3. **Quelle protection pour le consommateur de commerce mobile?** C'est principalement sous l'impulsion du législateur européen que des dispositions légales ou réglementaires ont été prises, en Belgique, en vue de protéger le consommateur dans ses relations avec une entreprise.

Il faut ainsi articuler des règles horizontales de protection du consommateur, et des règles sectorielles spécifiques, dont le domaine d'application est plus réduit, et qui s'appliquent en raison de l'objet du contrat ou de son mode de conclusion (à distance et par voie électronique, par exemple). Dans un premier temps, on dresse un panorama de ce cadre normatif, et des objectifs qu'il poursuit, en veillant à confirmer qu'il s'applique également au commerce mobile et en soulignant l'éventuelle faiblesse spécifique dont le consommateur de commerce mobile est supposé souffrir (I).

Ensuite, on présente les principaux mécanismes de protection dont bénéficie le consommateur, spécialement lorsqu'il s'engage par voie électronique, avec son appareil mobile (II). On verra à cet égard que, sauf exception, le législateur n'a pas

² www.safaricom.co.ke/personal/m-pesa. Sur ce point, voy. aussi P. CONGO, « Le droit du commerce électronique à l'épreuve du commerce mobile », *R.D.T.I.*, 2010/40, pp. 120 et s.

adopté de mesures particulières pour le m-consommateur. A titre exceptionnel, des propositions *de lege ferenda* pourraient cependant être faites en vue de renforcer son niveau de protection.

II. APPLICATION DU CADRE NORMATIF AU COMMERCE MOBILE

4. **Présentation du cadre normatif.** Pour présenter le cadre normatif applicable au commerce mobile, on rappelle d'abord trois principes directeurs généralement consacrés dans l'environnement numérique pour lever les obstacles à la dématérialisation des transactions contractuelles (A), avant de dresser un rapide panorama des règles applicables et de leur *ratio legis* (B), et de terminer par un focus sur le domaine d'application des dispositions légales ou réglementaires spécialement adoptées pour les contrats conclus à distance et par voie électronique, telles qu'elles figurent dans les livres VI et XII du Code de droit économique (C).

A. PRINCIPES DIRECTEURS

5. **Intérêt des principes directeurs en terme de dématérialisation.** Dans le commerce mobile, par rapport au commerce électronique «traditionnel», la principale différence réside dans le recours à un appareil mobile (*smartphone* ou tablette), dont la taille de l'écran est généralement plus réduite, et qui peut poser des difficultés à l'utilisateur pour imprimer ou conserver certains documents. C'est donc au moment d'accomplir certaines exigences formelles, imposées par les dispositions légales ou réglementaires applicables, que des difficultés potentielles pourraient voir le jour.

Pour prévenir celles-ci et, au besoin, leur apporter une réponse satisfaisante, des principes directeurs ont été consacrés, d'abord au niveau international (spécialement au sein de la CNUDCI), ensuite en droit belge: il s'agit des principes de neutralité technologique, de non-discrimination et d'équivalence fonctionnelle. Nous les examinons successivement.³

6. **Principe de neutralité technologique.** Le principe de neutralité technologique est à la base de toutes les interventions normatives en lien avec l'accomplissement des formes dans l'environnement numérique. Suivant celui-ci, les dispositions normatives doivent rester neutres et ne pas désigner expressément

³ Sur ces principes, de manière générale, voy. H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017, pp. 197 et s.; M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels - Théorie critique*, Coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 331 et s.

une technologie déterminée: eu égard à la rapidité des progrès scientifiques et techniques, il est en effet hautement probable que cette technologie devienne à brève échéance totalement obsolète. Il faudrait dès lors modifier les textes normatifs continuellement, pour qu'ils correspondent aux standards techniques minimaux, de nature à maintenir le niveau de sécurité requis.

Ce principe est notamment consacré dans le préambule de la Convention des Nations-Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (New York, 2005).⁴ Suivant la note explicative de la Convention, il « signifie que la Convention sur les communications électroniques est destinée à couvrir toutes les situations de fait dans lesquelles une information est créée, conservée ou transmise sous forme de communication électronique, indépendamment de la technologie ou du support utilisé. À cette fin, les règles de la Convention sont "neutres", c'est-à-dire qu'elles ne présupposent pas l'utilisation de types particuliers de technologies ni n'en dépendent et pourraient s'appliquer à la communication et à la conservation de tous les types d'information ».⁵

On trouve également des références à ce principe dans les considérants n° 26 et 27 du règlement UE 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance⁶ (règlement eIDAS): on peut y lire que « vu la rapidité de l'évolution technologique, le présent règlement devrait consacrer une approche qui soit ouverte aux innovations ». Aussi est-il ensuite indiqué que « le présent règlement devrait être neutre du point de vue de la technologie. Les effets juridiques qu'il confère devraient pouvoir être obtenus par tout moyen technique, pour autant que les exigences posées par le présent règlement soient satisfaites ».

Ce principe s'adresse au législateur et lui impose, sauf exception, de ne pas identifier de technologie spécifique lorsqu'il adopte des dispositions légales ou réglementaires. Il peut également guider l'interprète en charge de l'application des normes: en principe, celles-ci doivent en effet être observées « indépendamment de la technologie ou du support utilisé ». Dans le domaine du commerce mobile, cela signifie que le recours à un appareil mobile, de la part du consommateur, ne peut normalement pas le priver du bénéfice des mécanismes de protection établis par ailleurs.⁷

⁴ Voy. aussi la loi type de la CNUDCI de 2001 sur les signatures électroniques et le Guide pour son incorporation, New York, Publ. des Nations Unies, 2002, p. 35, n° 82.

⁵ Le texte de la Convention, est disponible sur www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf (consulté le 31/3/2017).

⁶ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, J.O. n° L 257 du 28 août 2014. A ce propos, voy. D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS): évolution ou révolution? », *R.D.T.I.*, 2014/56, pp. 27 et s.; H. JACQUEMIN (sous la dir. de), *L'identification électronique et les services de confiance depuis le règlement eIDAS*, Bruxelles, Larcier, 2016, 425 p.; H. JACQUEMIN, « Les services de confiance depuis le règlement eIDAS et la loi du 21 juillet 2016 », *J.T.*, 2017, pp. 197 et s.

⁷ Pour l'application du principe de neutralité technologique dans le domaine du commerce mobile, voy. P. CONGO, « Le droit du commerce électronique à l'épreuve du commerce mobile », *R.D.T.I.*, 2010/40, pp. 127 et s.

7. **Principe de non-discrimination.** Conformément l'article 9, § 1^{er}, de la directive sur le commerce électronique⁸, « les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion des contrats par voie électronique. Les États membres veillent notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridiques de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ».

Ponctuellement, pour certaines formalités particulières, on constate que le législateur a confirmé expressément sa position, en énonçant que la formalité requise ne pouvait pas être privée d'effets juridiques ou, à tout le moins, être dépourvue de certains de ces effets, sous prétexte qu'elle avait été accomplie par voie électronique.

Le règlement eIDAS applique ce principe au document électronique, en énonçant que « l'effet juridique et la recevabilité d'un document électronique comme preuve en justice ne peuvent être refusés au seul motif que ce document se présente sous une forme électronique ».⁹ Il est également appliqué à la signature électronique¹⁰, au cachet électronique¹¹, à l'horodatage électronique¹² et aux données envoyées et reçues à l'aide d'un service d'envoi recommandé électronique¹³, en interdisant notamment que l'effet juridique et la recevabilité comme preuve en justice leur soient refusés au seul motif qu'ils se présentent sous forme électronique ou que le service n'est pas qualifié. S'agissant du service d'archivage électronique, il est consacré par l'article XII.25, § 4, du C.D.E.

Pour les services de confiance, l'interdiction de toute discrimination est double, en ce qu'elle s'applique, d'une part, au bénéfice d'un service de confiance qualifié (par rapport à un service non qualifié), d'autre part, au bénéfice d'un service de confiance – par définition de nature électronique – par rapport à un procédé correspondant dans l'environnement papier (une signature manuscrite par exemple). S'agissant du document électronique, seule cette seconde interdiction existe.

Cette interdiction de discrimination de l'électronique par rapport au papier s'applique également à l'hypothèse du commerce mobile, et empêche notamment qu'un document électronique ou un procédé de signature soit privé d'efficacité

⁸ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), J.O., n° L 178 du 17 juillet 2000.

⁹ Art. 46 du règlement eIDAS. Le document électronique est défini de manière large par le règlement eIDAS comme « tout contenu conservé sous forme électronique, notamment un texte ou un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel » (art. 3, 35°, du règlement). La notion est plus large que l'écrit puisque le contenu peut également être sonore, visuel ou audiovisuel. Par contre, aucune indication n'est donnée relativement aux fonctions attendues de la formalité.

¹⁰ Art. 25, § 1^{er}, du règlement eIDAS.

¹¹ Art. 35, § 1^{er}, du règlement eIDAS.

¹² Art. 41, § 1^{er}, du règlement eIDAS.

¹³ Art. 43, § 1^{er}, du règlement eIDAS.

juridique ou déclaré irrecevable par une juridiction saisie du litige sous prétexte qu'il a été établi par voie électronique (et, en l'occurrence, au moyen d'un appareil mobile, comme un smartphone).

Avec ce principe, c'est la dématérialisation des échanges, et le recours aux technologies de l'information et de la communication dans les transactions électroniques, que le législateur entend défendre. Les règles adoptées perdraient tout effet utile si, en cas de litige, la juridiction pouvait tout simplement refuser d'examiner le procédé (un procédé de signature électronique appliqué à un courriel, par exemple) au seul motif qu'il est électronique.

8. Principe d'équivalence fonctionnelle. Dans le courant des années quatre-vingt, parallèlement aux progrès techniques, des auteurs ont rapidement cerné les enjeux juridiques posés par le développement de l'informatique et des technologies de l'information, en matière d'exigences de forme. Ils ont esquissé les premières solutions, essentiellement sous l'angle du droit de la preuve.¹⁴ Si d'autres solutions ont également été proposées, la théorie des équivalents fonctionnels a progressivement pris corps, avant d'être consacrée, au niveau international, par la CNUDCI, dans sa loi-type sur le commerce électronique¹⁵ (1996). Les travaux de celle-ci ont inspiré le législateur européen, puis belge.

Ce principe part du constat que les procédés mis en œuvre dans l'environnement papier pour accomplir les formes prescrites ne peuvent être reproduits comme tels lorsque le contrat est conclu par voie électronique. Si l'on souhaite que des rapports contractuels puissent être noués par ce biais, il doit être possible d'identifier les procédés à mettre en œuvre dans l'environnement numérique.

¹⁴ Voy. en ce sens les réflexions de B. AMORY et Y. POULLET, « Le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique: approche de droit comparé », *D.I.T.*, 1985/5, pp. 11 et s.; M. FONTAINE, « La preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles », *La preuve*, Actes du colloque organisé les 12 et 13 mars 1987 à l'U.C.L., pp. 1 et s.; J. LARRIEU, « Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé? Contribution à l'étude juridique des notions d'écriture et de signature », *Cahier Lamy droit de l'informatique*, 1988, H, pp. 8 et s.; N. VERHEYDEN-JEANMART, *La preuve*, Bruxelles, Larcier, pp. 233-234, n°s 492-493; Y. POULLET, « Les transactions commerciales et industrielles par voie électronique. De quelques réflexions autour du droit de la preuve », *Le droit des affaires en évolution. Le juriste face à l'invasion informatique*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 39 et s.; E. DAVIO, « Preuve et certification sur Internet », *R.D.C.*, 1997, pp. 660 et s.; R. STEENNOT, « Juridische problemen in het kader van de elektronische handel », *R.D.C.*, 1999, pp. 671 et s.

¹⁵ Comme indiqué dans le Guide pour son incorporation, « la Loi type propose [...] une nouvelle approche, parfois désignée sous l'appellation 'approche fondée sur l'équivalent fonctionnel', qui repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de l'exigence traditionnelle de documents papier et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique » (*Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, New-York, Publ. des Nations Unies, 1999, p. 21, n° 16). A ce propos, voy. de E. CAPRIOLI et R. SORIEUL, « Le commerce international électronique: vers l'émergence de règles juridiques transnationales », *J.D.I.*, 2, 1997, p. 382. Sur ce principe, on consultera aussi M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalents fonctionnels - Théorie critique*, Coll. CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2014.

Suivant la théorie des équivalents fonctionnels, on ne définit pas une exigence de forme par référence à un procédé technique particulier (le support papier pour l'écrit, le graphisme personnel et manuscrit apposée directement sur le support pour la signature, etc.) mais à la lumière des fonctions qu'elle permet de remplir (garantir la lisibilité, la pérennité, voire l'intégrité de l'information, pour l'écrit, par exemple). Deux procédés accomplis respectivement dans l'environnement traditionnel (le support papier pour l'écrit, par exemple) et dans l'environnement numérique (un document au format PDF enregistré sur un CD-ROM pour l'écrit, par exemple) sont alors jugés *équivalents* s'ils permettent de remplir les *fonctions* minimales reconnues à la formalité (l'écrit, en l'occurrence). Cette équivalence entre les procédés signifie que, sur le plan juridique, ils ont les mêmes effets et sont interchangeables. Autrement dit, la formalité prescrite est valablement accomplie dans l'environnement numérique lorsque le procédé choisi permet d'atteindre les fonctions reconnues à l'exigence.

En droit belge, ce principe est consacré à l'article XII.15, § 1^{er}, du Code de droit économique, aux termes duquel « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». ¹⁶ Trois clauses transversales particulières appliquent ensuite le principe aux formalités les plus souvent rencontrées en pratique: l'écrit, la signature et la mention manuscrite.

S'agissant spécialement de l'écrit, XII.15, § 2, du C.D.E., énonce que « l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, *quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* ». ¹⁷

On comprend que, par application de ce principe, le support est sans incidence: peu importe dès lors qu'il s'agisse d'une clé USB, d'un ordinateur fixe ou d'un *smartphone*, dans le cadre du commerce mobile. L'analyse doit porter sur les fonctions de la formalité, pour s'assurer qu'elles ont été préservées par voie électronique, avec un niveau d'efficacité au moins équivalent au procédé correspondant dans l'environnement papier.

B. PANORAMA DES RÈGLES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR, À L'AUNE DES OBJECTIFS POURSUIVIS

9. Mode de présentation des dispositions légales ou réglementaires. Après une présentation des règles de protection du consommateur applicables sans

¹⁶ Encore faut-il que l'hypothèse soit couverte par l'article XII.15 (voy. notamment les exclusions figurant à l'article XII.16 du C.D.E.).

¹⁷ C'est nous qui soulignons.

préjudice du mode de conclusion du contrat – à distance et par voie électronique ou, au contraire, en présence physique et simultanée des parties – (*infra*, n° 10), nous nous penchons sur les dispositions légales ou réglementaires adoptées spécifiquement pour encadrer les contrats conclus par voie électronique (*infra*, n° 11), avant de déterminer si des normes ont été prises spécifiquement pour les transactions nouées au moyen d'un appareil mobile (*infra*, n° 12).

Dans tous les cas, on s'attache à identifier l'objectif poursuivi par le législateur (pourquoi fallait-il protéger le consommateur dans cette hypothèse spécifique?), tout en confirmant, sauf exception, l'application des règles au commerce mobile.

10. Règles visant à protéger le consommateur indépendamment du mode de conclusion du contrat. La faiblesse dont le consommateur est supposé souffrir dans ses relations contractuelles avec les professionnels a conduit le législateur belge à adopter diverses mesures, d'ordre matériel ou procédural, visant à leur garantir un niveau élevé de protection. On constate d'ailleurs que ces règles sont, pour la plupart, prescrites par le droit de l'Union.¹⁸

Les règles matérielles horizontales se trouvent principalement dans le livre VI du Code de droit économique, sur les pratiques du marché et la protection du consommateur¹⁹; interdiction de certains paiements, des pratiques commerciales

déloyales ou des clauses abusives; interprétation favorable au consommateur; renforcement des obligations d'information à charge du professionnel ou multiplication des exigences de forme. On peut encore citer l'octroi d'une garantie légale lors de la vente de biens de consommation, telle que prévue aux articles 1649*bis* et suivants du Code civil. Ces mécanismes ont pour but de rétablir l'équilibre contractuel entre les parties, en permettant au consommateur, supposé plus faible²⁰, d'exprimer un consentement éclairé et réfléchi et de disposer des informations utiles en cours d'exécution du contrat, tout en étant prémuni des possibles fraudes ou pratiques déloyales de son cocontractant à toute étape du processus contractuel.

On peut ajouter des règles sectorielles spécifiques, tenant généralement à l'objet du contrat (assurance²¹, services de paiement et de crédit²², communications électroniques²³, contrat de voyage²⁴, etc.). Ces textes forment des couches successives, qui s'ajoutent à la théorie générale des obligations et des contrats.

dernière notion désigne « toute personne physique ou morale qui, de manière intellectuellement indépendante et sous sa propre responsabilité, exerce une activité professionnelle consistant principalement en des prestations intellectuelles, a suivi auparavant la formation exigée, est tenue de suivre une formation continue, est soumise à un organe disciplinaire créé par ou en vertu de la loi et n'est pas un commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce » (art. I.8, 35°, du C.D.E.). Plus précisément, ne sont visées, pour l'application du livre XIV, que les « personnes exerçant une profession libérale pour les prestations intellectuelles caractéristiques de ces professions qu'elles fournissent » (art. XIV.1, al. 2, du C.D.E.). Dans la mesure où les règles de protection du livre XIV sont identiques, sauf exception, à celles du livre VI (seul le champ d'application *ratione personae* diffère), nous limiterons l'analyse aux dispositions du livre VI, pour ne pas compliquer inutilement la présentation.

²⁰ Sur la faiblesse du consommateur, voy. not. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », J. GHESTIN et M. FONTAINE (sous la dir. de), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616-617, n° 2; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n°s 9 et s.; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 51 et s., n°s 21 et s. Voy. ég. la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment en matière de clauses abusives: « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, point 25; voy. aussi C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244-98, *Oceano Grupo*, point 25; C.J.C.E., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, point 22; C.J.C.E., 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*, points 29-31; C.J.U.E., 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt.*, points 46-48; C.J.U.E., 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič*; C.J.U.E., 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *BKK Mobil*, point 35; C.J.U.E., 3 septembre 2015, aff. C-110/14, *Horafiu Ovidiu Costea*, point 18).

²¹ Cf. la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

²² Cf. le livre VII du C.D.E.

²³ Cf. la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

²⁴ Cf. la loi du 16 février 1994 régissant le contrat d'organisation de voyages et le contrat d'intermédiaire de voyages.

¹⁸ Voy. not. la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.*, n° L 95 du 21 avril 1993; la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *J.O.*, L 171 du 7 juillet 1999; la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.*, n° L 149 du 11 juin 2005 ou la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.*, L 304 du 22 novembre 2011. S'agissant des mesures d'ordre procédural, voy. la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.*, L 165 du 18 juin 2013, pp. 63 et s.; le règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.*, L 165 du 18 juin 2013 ou, en matière de recours collectifs, recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, 2013/396/UE, *J.O.* L 201 du 26 juillet 2013, pp. 60 et s.; la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 11 juin 2013 « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », COM (2013) 401 Final ou le Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, 27 novembre 2008, COM (2008) 794 Final.

¹⁹ On peut également mentionner le livre XIV du C.D.E., sur les pratiques du marché et la protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale. Cette

Les mesures procédurales ont pour but de permettre aux consommateurs de faire valoir utilement et effectivement leurs droits, en cas de méconnaissance des règles précitées par l'entreprise. A cette fin, une procédure de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation est organisée par le livre XVI du Code de droit économique. On rappelle également l'existence, en droit belge, d'une action en réparation collective, encadrée par les articles XVII.35 et suivants du Code de droit économique.

Normalement, ces dispositions peuvent (ou doivent, le cas échéant) être invoquées, et appliquées, lorsque le contrat est conclu au moyen d'un appareil mobile. *A priori*, on ne trouve pas d'obstacle, dans le champ d'application de ces dispositions, de nature à empêcher leur application au commerce mobile. A supposer même qu'il existe, l'application des principes directeurs présentés précédemment devrait généralement permettre de les surmonter.

Cela étant dit, dans la mesure où le domaine d'application de ces textes n'est pas limité à la conclusion des contrats à distance et par voie électronique, nous ne nous y attarderons pas dans la présente contribution, sauf exception.

11. Règles protégeant le consommateur qui s'engage en ligne. Lorsque le contrat est conclu en ligne (à distance et par voie électronique), la faiblesse du consommateur peut s'expliquer par d'autres circonstances (que celles évoquées *supra*, n° 10), qui ont justifié l'adoption de dispositions légales ou réglementaires additionnelles.²⁵

Le contrat étant, par définition, conclu à distance, les parties ne sont pas en présence physique et simultanée l'une de l'autre²⁶ et le consommateur peut, par exemple, manquer d'information sur les biens commandés, qu'il ne peut pas voir, toucher ou essayer, comme dans un magasin traditionnel. On peut également craindre que le prestataire omette d'indiquer son identité ou fournisse de fausses coordonnées, voire qu'il n'informe pas le consommateur sur les droits dont il dispose (en particulier le droit de rétractation).

Dans une moindre mesure, la faiblesse peut également résulter de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication en tant que telles, qui ne seraient pas correctement maîtrisées par l'internaute et qui pourraient le conduire à commettre des erreurs²⁷, voire encore de la facilité avec laquelle certains achats peuvent être effectués, ce qui peut donner lieu à des commandes impulsives et irréflechies.

²⁵ L'impulsion est également donnée, à titre principal, au niveau européen: voy. la directive sur le commerce électronique, précitée; la directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, J.O., n° L 271 du 9 octobre 2002 ou la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, précitée.

²⁶ Voy. la définition du « contrat à distance », à l'art. I.8, 15°, du C.D.E.

²⁷ Sur ce dernier point, il faut cependant reconnaître que cette considération devrait se vérifier de plus en plus rarement, la plupart des consommateurs disposant désormais, et dès leur plus jeune âge, des compétences suffisantes pour utiliser les outils transactionnels en ligne.

Les dispositions adoptées pour protéger le consommateur figurent dans le livre VI (en particulier la section relative aux contrats à distance) et dans le livre XII (sur le droit de l'économie électronique) du Code de droit économique.²⁸

S'agissant de règles spécialement adoptées pour répondre aux enjeux des contrats conclus en ligne (comme en l'espèce, au moyen d'un appareil mobile), nous les examinerons plus en détails dans la présente contribution (*cf. infra*, point II). Aussi nous attarderons-nous sur le domaine d'application, notamment pour confirmer qu'elles s'appliquent également à l'hypothèse du commerce mobile (*cf. infra*, C).

12. Faiblesse du consommateur qui s'engage au moyen d'un appareil mobile? On peut se demander si l'utilisation d'un appareil mobile par le consommateur, pour consulter de l'information et/ou conclure le contrat, a pour effet de le placer dans une position de faiblesse, si on compare sa situation à celle du consommateur qui aurait fait la même transaction avec son ordinateur, fixe ou portable.

La principale source de faiblesse réside dans la taille de l'écran, plus petit que sur un ordinateur classique. Si le prestataire met ses conditions contractuelles à la disposition du consommateur dans un document au format PDF, où les clauses sont présentées en deux colonnes, le consommateur soucieux de lire lesdites conditions avant de s'engager devra effectuer des manipulations pour zoomer et voyager dans le document, ce qui aura tendance à le décourager (partant par ailleurs du constat que la majorité des consommateurs ne prennent pas la peine de lire ces conditions contractuelles, à supposer même qu'elles soient fournies suivant une présentation agréable à lire). Les difficultés potentielles ne doivent toutefois pas être exagérées: sur les tablettes et les smartphones les plus récents, aux écrans de plus en plus grands, il est probablement contestable d'y voir une réelle source de faiblesse pour le consommateur. On constate en outre que, si

²⁸ A ce sujet, voy. les commentaires suivants: E. PIETERS, K. BYTTEBIER et R. FELTKAMP, « Le Code de droit économique – Survol du contenu et des principales nouveautés », *R.D.C.*, 2014, spéc. pp. 345 et s.; Y. NINANE et A. BOCHON, « Actualités en matière de contrats de consommation », *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 69 et s.; G. VANDENDRIESSCHE, « Marktpraktijken en consumentenbescherming in boek VI van het wetboek economische recht », *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 105 et s.; F. GLANSDORFF, « Le Code de droit économique et les professions libérales », *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 217 et s.; R. STEENNOT et E. TERRY, « De nieuwe bepalingen uit Boek VI van het Wetboek Economisch Recht: een eerste commentaar », *D.C.C.R.*, 2014, pp. 3 et s.; T. BAES, « Boek VI WER – Marktpraktijken en consumentenbescherming: steven naar een maximal behoud van de WMPC », *R.D.C.*, 2014, pp. 757 et s.; H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique. Le point sur les nouvelles règles matérielles (livres VI et XIV) et procédurales (livres XVI et XVII) », *J.T.*, 2014, pp. 722 et s.; D. GOI, « Pratiques du marché et protection du consommateur », *Le Code de droit économique: principales innovations*, CUP, vol. 156, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 99 et s.; H. JACQUEMIN et J. LESAGE, « Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne », *La révolution digitale des starts-up*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 103-144.

obstacle il y a, il est loin d'être insurmontable: de nombreux prestataires veillent en effet à proposer une version « mobile » de leur site internet, en plus de la version classique, où la présentation des informations est spécialement adaptée à la taille des écrans.

Avec un appareil mobile, il peut aussi être plus compliqué pour le consommateur d'enregistrer certaines informations ou de les imprimer, comme il le ferait avec son ordinateur classique. Cela étant, ces fonctionnalités sont, ici encore, possibles à mettre en œuvre, en utilisant une connexion Bluetooth pour envoyer le document vers l'imprimante ou en conservant celui-ci sur l'appareil mobile, dans un « classeur » dédié.

Si la question a pu se poser²⁹, il n'a jamais été sérieusement question d'adopter un régime légal spécifique au commerce mobile. Comme on le verra, des dispositions particulières ponctuelles ont néanmoins été prises, en matière d'obligation d'information, dans le livre VI (et le livre XIV) du Code de droit économique.

En réalité, sans être en tant que tel une source de faiblesse pour le consommateur, l'appareil mobile, de plus en plus utilisé, peut exacerber des difficultés qui trouvent leur source ailleurs. Tel est le cas, en particulier, lorsqu'il est utilisé par certaines catégories de consommateurs particulièrement vulnérables – on songe aux mineurs³⁰ – ou pour des contrats portant sur des contenus numériques.³¹

De manière générale, la faiblesse du consommateur peut aussi trouver sa source dans l'utilisation, par le prestataire, de certaines données à caractère personnel récoltées et transmises au moyen de l'appareil mobile. On songe à ses données de localisation ou aux cookies, très utiles dans une perspective de marketing. De même, on ne peut exclure que le consommateur qui utilise son appareil mobile doivent acquitter des montants importants à son opérateur de communications électroniques, en raison du volume élevé des données échangées, spécialement dans une situation d'itinérance. Ces points font l'objet

de dispositions légales ou réglementaires spécifiques, qui ne seront pas traitées dans la présente contribution.³²

13. Cadre normatif en évolution. Il est important de noter qu'en matière de commerce électronique (et donc, *a fortiori*, également dans l'hypothèse du commerce mobile), le cadre normatif devrait évoluer prochainement, suite aux nombreuses propositions introduites par la Commission européenne, dans le cadre de sa Stratégie pour un marché unique numérique.³³

Fin 2015, elle a ainsi déposé des propositions de directives en matière de contrats portant sur la fourniture de contenus numériques³⁴ ou de contrats de ventes en ligne.³⁵ Plus récemment, le 1^{er} décembre 2016, des propositions législatives ont aussi été faites par la Commission en matière de TVA.³⁷

Quatre instruments ont également été dévoilés le 25 mai 2016.³⁸ Ceux-ci s'inscrivent dans une « approche globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe ». ³⁹ Elle se traduit en l'occurrence par trois propositions législatives: une proposition de directive sur la lutte contre le blocage géographique injustifié⁴⁰; une proposition de règlement relatif aux services de livraison transfrontière des colis⁴¹ et une proposition de

²⁹ Voy. à cet égard les discussions menées au sein de la CNUDCI, à l'occasion d'un colloque organisé en février 2011, notamment sur le thème du commerce mobile: www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/electronic-commerce-2010.html (consulté le 31/3/2017).

³⁰ Dans la présente contribution, nous pouvons difficilement aborder cette question en détail. De manière générale, sur la protection des mineurs, voy. M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique: besoin de protection ou d'autonomie? », *J.T.*, 2007, pp. 105 et s.; A. NOTTET, « Mineur et téléphonie mobile », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 239-255; H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne et protection du consommateur numérique », *J.T.*, 2012, pp. 805-809, n° 13; A. NOTTET, *Le consommateur mineur: analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, Waterloo, Kluwer, 2013.

³¹ S'agissant spécialement de la faiblesse du consommateur de contenus numériques, voy. not. M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, J.K. CSERES, B. VAN DER SLOOT et R. TIGNER, *Comparative analysis, Law and Economics analysis, assessment and recommendations for possible future rules on digital content contracts*, étude de l'Université d'Amsterdam pour la Commission européenne, 2011, pp. 19 et s.; U. STENZEL, M. G. S. LIMA et J.J. DOWNES, *Study on Digital Content Products in the EU*, IBF International Consulting for the European Commission, 2012, 86 p.; H. JACQUEMIN, « La protection du consommateur de contenus numériques », *D.C.C.R.*, 2015/108-109, pp. 5-33.

³² S'agissant de la protection des données, voy. la contribution de J. VANDENDRIESSCHE, dans le présent ouvrage. S'agissant de la protection du consommateur en matière de roaming, on note que, sur le territoire de l'UE, ces tarifs étaient plafonnés à partir du 30 avril 2016 et qu'à partir du 15 juin 2017, aucun frais d'itinérance supplémentaire ne peut être imposé aux utilisateurs pour autant que le téléphone soit utilisé à l'étranger de manière temporaire (à ce sujet, voy. http://europa.eu/youreurope/citizens/travel/money-charges/mobile-roaming-costs/index_fr.htm).

³³ COM(2015) 192 final.

³⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenus numériques, COM(2015) 634 final.

³⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, COM(2015) 635 final.

³⁶ A ce sujet, voy. E. TERRY, « [Actualiteit] Voorstellen voor nieuwe richtlijnen voor digitale overeenkomsten en online verkoop in de EU », *D.C.C.R.*, 2016/110, pp. 77-78.

³⁷ Proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2006/112/CE et la directive 2009/132/CE en ce qui concerne certaines obligations en matière de taxe sur la valeur ajoutée applicables aux prestations de services et aux ventes à distance de biens, COM(2016) 757 final; proposition de règlement d'exécution du Conseil modifiant le règlement d'exécution (UE) n° 282/2011 portant mesures d'exécution de la directive 2006/112/CE relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, COM(2016) 756 final; proposition de directive du Conseil modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne les taux de taxe sur la valeur ajoutée appliqués aux livres, journaux et périodiques, COM(2016) 758 final.

³⁸ Voy. H. JACQUEMIN, « [Actualité] Propositions de la Commission européenne du 25 mai 2016 en vue de stimuler le commerce électronique transfrontière », *D.C.C.R.*, 2016, pp. 109-112.

³⁹ Comme l'indique l'intitulé de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions, COM(2016) 320 final.

⁴⁰ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, COM(2016) 289 final.

⁴¹ COM(2016) 285 final.

règlement sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs.⁴² Elle est accompagnée par des Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.⁴³

S'ils sont adoptés, ces instruments contribueront à renforcer la protection du consommateur numérique, spécialement lorsqu'il intervient dans un environnement mobile: on songe spécialement aux règles de protection relatives aux contenus numériques et à la lutte contre le blocage géographique injustifié.

C. DOMAINE D'APPLICATION DES LIVRES VI ET XII DU C.D.E., POUR LES CONTRATS CONCLUS PAR VOIE ÉLECTRONIQUE

14. Champ d'application des dispositions du livre VI relatives aux contrats à distance. L'expression «contrat à distance» désigne «tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu».⁴⁴ La notion de «technique de communication à distance» est également définie.⁴⁵ Les contrats conclus sur l'internet sont en tout cas visés, en ce compris lorsque le consommateur utilise son appareil mobile.⁴⁶ Par contre, si le site internet utilisé dans l'environnement mobile ou les applications se limitent à donner des informations sur le professionnel, ou sur ses biens et ses services, les dispositions du livre VI sur les contrats à distance ne sont pas d'application.

Une distinction est faite entre les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers⁴⁷ et les contrats à distance portant sur des services financiers⁴⁸,

⁴² COM(2016) 283 final.

⁴³ Commission Staff Working Document Guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A comprehensive approach to stimulating cross-border e-Commerce for Europe's citizens and businesses, SWD(2016) 163 final.

⁴⁴ Art. I.8, 15°, du C.D.E.

⁴⁵ Art. I.8, 16°, du C.D.E.

⁴⁶ Voy. en ce sens le considérant n° 20 de la directive sur les droits des consommateurs, qui apporte par ailleurs diverses précisions pour établir si certaines hypothèses spécifiques, dans lesquelles la négociation a lieu en présence physique des parties (le contrat étant conclu ensuite à distance) ou, au contraire, sans la présence physique et simultanée des parties (le contrat n'étant pas, par la suite, conclu à distance), peuvent être qualifiées de contrats à distance.

⁴⁷ Art. VI.45 et s. du C.D.E.

⁴⁸ Art. VI.54 et s. du C.D.E. Le service financier est défini comme « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements » (art. I.8, 18°, du C.D.E.).

qui font l'objet de dispositions légales distinctes⁴⁹ (même si, globalement, les mécanismes de protection mis en place sont similaires – obligation d'information et droit de rétractation). Pour ne pas compliquer la présentation, on se limite, dans la présente contribution, aux règles relatives aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers. Il va de soi cependant que, pour les applications de *mobile banking*, par exemple, de plus en plus fréquentes en pratique, ces exigences devront être observées.⁵⁰

Encore faut-il cerner précisément le champ d'application des dispositions du livre VI en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, *ratione materiae* et *ratione personae* (art. VI.45 et s. et C.D.E.). Pour ce faire, il importe d'avoir égard à l'acception donnée aux notions utilisées.

Les dispositions de la section consacrée aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers font tantôt référence aux biens, aux services ou aux contenus numériques⁵¹, tantôt aux contrats de vente, aux contrats de service ou aux contrats portant sur la fourniture de contenus numériques (non fournis sur un support matériel) ou de certains services d'intérêt public (eau, gaz, électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain).⁵² Seules les notions de « bien »⁵³, « service »⁵⁴, « contenu numérique »⁵⁵, « contrat de vente »⁵⁶ et « contrat de service »⁵⁷ sont définies légalement. On comprend ainsi que le « bien » et le « service » font respectivement l'objet du « contrat de vente » et du « contrat de service ». Il est intéressant de noter que le contrat portant à la fois sur des biens et sur des services peut conserver la qualification de « contrat de vente ».⁵⁸ Enfin, dans les deux cas (contrat de vente et contrat de service), il est requis que le consommateur paie ou s'engage à payer un prix, ce qui exclut les biens et les services offerts gratuitement dans le cadre de ces contrats. On relève cependant que, s'agissant des contrats portant sur la fourniture de contenus numériques non fournis sur un support matériel, aucune exigence de prix ne paraît requise (le téléchargement gratuit d'une application ou d'un jeu sur son *smartphone* pourrait dès lors tomber dans le champ d'application du livre VI –

⁴⁹ Cette différence s'explique par le fait que les dispositions ne transposent pas la même directive européenne: en matière de contrats à distance ne portant pas sur des services financiers, c'est la directive sur les droits des consommateurs qui est transposée; pour les contrats à distance sur les services financiers, c'est au contraire la directive 2002/65/CE, précitée.

⁵⁰ Voy. le texte de J. Vannerom et D. Blommaert dans ce livre.

⁵¹ Voy. par exemple l'art. VI.45, § 1^{er}, du C.D.E. sur les obligations d'information au stade précontractuel.

⁵² Voy. par exemple l'art. VI.47, § 2, ou l'art. VI.51, § 4, du C.D.E., concernant le droit de rétractation.

⁵³ Art. I.1, 6°, du C.D.E.

⁵⁴ Art. I.1, 5°, du C.D.E.

⁵⁵ Art. I.8, 35°, du C.D.E.

⁵⁶ Art. I.8, 33°, du C.D.E.

⁵⁷ Art. I.8, 34°, du C.D.E.

⁵⁸ Voy. la définition du « contrat de vente », à l'art. I.8, 33°, du C.D.E.

voy. toutefois *infra*, n° 30, ce contrat étant assimilé, en droit belge, au contrat de service).⁵⁹

Ratione personae, pour cerner le champ d'application des livres VI et XIV (en particulier les dispositions relatives aux contrats avec les consommateurs, en ce compris les contrats à distance), on doit avoir égard aux notions de «consommateur»⁶⁰ (quel que soit le livre considéré), d'«entreprise»⁶¹ (pour le livre VI) et de «personne exerçant une profession libérale» (pour le livre XIV).

En tout état de cause, les dispositions applicables aux contrats à distance ne doivent pas être observées lorsque le contrat est conclu entre deux consommateurs, comme cela survient fréquemment dans le cadre de ce qu'il est convenu d'appeler la *sharing economy*. On songe aux conventions nouées entre deux consommateurs à travers des plateformes telles qu'eBay, Airbnb ou Uber.

15. **Champ d'application des dispositions du livre XII relatives aux services de la société de l'information.** Les règles du livre XII du C.D.E., en matière d'information et de transparence (art. XII.6 à XII.11) s'appliquent à la fourniture de services de la société de l'information. Il s'agit de «tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service».⁶² Les prestataires qui présentent leurs produits à travers un site web ou qui offrent une application pour un appareil mobile fournissent assurément un tel service, peu importe, du reste, qu'un contrat puisse être conclu en ligne ou pas.

Ratione personae, l'observation de ces dispositions ne se limite pas aux services fournis aux consommateurs. Les relations B2C⁶³ et B2B⁶⁴ sont en effet couvertes. Cependant, dans ce dernier cas, il est permis aux parties qui ne sont pas des consommateurs de déroger conventionnellement à certaines dispositions.⁶⁵ Comme pour le livre VI, les dispositions du livre XII ne devraient pas s'appliquer aux contrats conclus entre deux consommateurs.

⁵⁹ Commission UE, DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, Juin 2014, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf, p. 64.

⁶⁰ Art. I.1, 2°, du C.D.E.

⁶¹ Art. I.1, 1°, du C.D.E. Les contrats à double finalité pourront être soumis aux dispositions du Code – et le bénéficiaire du produit considéré comme un consommateur –, «lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat» (considérant n° 17 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs; en ce sens, voy. aussi les travaux préparatoires du projet de loi introduisant la définition, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2836/001, p. 6).

⁶² Art. I.18, 1°, du C.D.E.

⁶³ *Business to Consumer*.

⁶⁴ *Business to Business*.

⁶⁵ Voy. les dispositions énumérées à l'art. XII.10 du C.D.E.

III. MÉCANISMES DE PROTECTION

16. **Focus sur deux mécanismes de protection du consommateur.** Dans cette contribution, nous limitons l'analyse à deux mesures de protection, spécialement adoptées pour protéger le consommateur qui s'engage par voie électronique.

En matière de commerce mobile, on sera ainsi attentif au fait que les principales contraintes tiennent à la taille de l'écran et, par conséquent, aux limites d'espaces qui pourraient engendrer des difficultés au moment d'accomplir les obligations d'information. On verra toutefois que le législateur en a tenu compte en établissant un régime dérogatoire lorsque de telles limites sont rencontrées.

Quant au droit de rétractation, il mérite une attention particulière à un double égard. Vu la taille de l'écran dans le commerce mobile, on peut craindre que le consentement du consommateur qui achète un bien ne soit pas aussi éclairé qu'il aurait pu l'être dans un magasin traditionnel ou en consultant le site du prestataire sur son ordinateur. Le droit de rétractation protège le consommateur en l'autorisant à se dégager du contrat ainsi conclu sans pénalité et sans indication de motif. Il est également utile d'aborder cette mesure pour déterminer le régime applicable aux applications ou aux autres contenus numériques que les consommateurs téléchargent en grand nombre avec leur appareil mobile.

A. INFORMATION DU CONSOMMATEUR

17. **Livre VI et livre XII du Code de droit économique.** Dès lors que, comme on l'a vu, en matière de contrats conclus en ligne, il faut articuler les dispositions du livre VI (en matière de contrats à distance) et du livre XII du Code de droit économique, nous examinons les dispositions prévues dans ces deux instruments, en distinguant suivant le moment auquel les exigences doivent être observées.

18. **Obligation générale d'information sur le prestataire.** L'article XII.6 du C.D.E. exige de tout prestataire d'un service de la société de l'information qu'il «assure un accès facile, direct et permanent, pour les destinataires du service et pour les autorités compétentes, au moins», à diverses informations permettant principalement de l'identifier et d'entrer en contact avec lui. Le cas échéant, les informations à diffuser portent également sur les coordonnées de l'autorité de surveillance compétente (l'activité étant soumise à un régime d'autorisation) ou ont trait aux professions réglementées.

Ces obligations d'information doivent être observées indépendamment de l'existence d'un processus contractuel et, s'il existe, à toute étape de celui-ci (l'accès devant être permanent).

19. **Information spécifique concernant la plateforme ODR.** Le règlement européen n° 524/2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation est applicable depuis le 9 janvier 2016.⁶⁶ Il organise la mise en place, par la Commission européenne, d'une plateforme de règlement en ligne des litiges (plateforme de RLL). Cette plateforme joue le rôle d'un guichet unique pour les consommateurs et les professionnels, pour les aider à identifier l'entité de règlement extrajudiciaire des litiges compétente et leur permettre de communiquer efficacement et par voie électronique. On précise que la plateforme ne vise que les litiges découlant de contrats de vente ou de service *en ligne*, peu importe cependant qu'il s'agisse de litiges transfrontaliers ou domestiques.

Les objectifs du législateur ne seront atteints – et la plateforme de RLL utilisée – que si les consommateurs connaissent son existence ... Dans cette perspective, l'article 14 du règlement impose aux professionnels établis dans l'Union et qui participent à des contrats de vente ou de service en ligne, ainsi qu'aux places de marché en ligne établies dans l'Union, de faire figurer, sur leur site internet, un lien électronique vers la plateforme de RLL. Le règlement ajoute que ce lien est aisément accessible aux consommateurs et que les professionnels établis dans l'Union participant à des contrats de vente ou de service en ligne indiquent aussi leur adresse électronique. Les associations de consommateurs et les organisations professionnelles sont encouragées à renseigner la plateforme.

De même, il est requis des prestataires de commerce en ligne qui ont pris l'engagement de recourir à une ou plusieurs entités de REL ou qui sont tenus d'y recourir, d'informer les consommateurs de l'existence de la plateforme de RLL et de la possibilité d'y recourir pour régler leurs litiges. Dans ce cadre, ils fournissent un lien électronique vers la plateforme de RLL sur leur site internet et, si l'offre est faite par courrier électronique, dans ce courrier électronique. Ces informations sont aussi fournies, le cas échéant, dans les conditions générales applicables aux contrats de vente et de service en ligne.

⁶⁶ Règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.*, L 165 du 18 juin 2013, pp. 1 et s. Le règlement relatif au RLLC doit être vu comme le complément de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE, *J.O.*, L 165 du 18 juin 2013, pp. 63 et s., transposée au livre XVI du C.D.E. Pour un commentaire de la directive et du règlement, voy. E. POILLOT, « Chronique – Droit de la consommation », *J.D.E.*, 2014/1, pp. 20-22; H. DE CONINCK, « De alternatieve geschillenbeslechting in België: verleden, heden en toekomst », *D.C.C.R.*, 2013/100-101, pp. 223 et s.; S. BERNHEIM-DESSAUX, « Règlement extrajudiciaire et règlement en ligne des litiges de consommation », *Obs. Bxl.* n° 95, janvier 2014, pp. 16 à 19; G. RUE, « Bientôt une plate-forme européenne pour le règlement en ligne des litiges de consommation », *Bull. soc. & jur.*, n° 497, mai 2013, p. 15; H. JACQUEMIN et A. LACHAPPELLE, « Renforcer la confiance des consommateurs par le règlement extrajudiciaire des litiges », *J.D.E.*, 2014/209, pp. 186-196; G. RENTIER, « Le nouvel encadrement de l'Union européenne pour le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. Examen de la directive 2013/11/UE en matière d'ADR », *R.E.D.C.*, 2014, pp. 135-163.

20. **Exigences requises avant la conclusion du contrat.** En matière de contrats à distance, eu égard à la faiblesse du consommateur résultant de ce mode particulier de contracter, des obligations d'information sont imposées à l'entreprise, au bénéfice du consommateur, par l'article VI.45 du Code. Elles portent sur des éléments de fait ou de droit en lien avec l'opération contractuelle (identification et coordonnées de l'entreprise, description du bien ou du service, droit de rétractation, etc.). S'agissant spécifiquement des contenus numériques, il faut indiquer ses fonctionnalités, en ce compris les mesures de protection applicables, ainsi que toute interopérabilité pertinente avec certains matériels ou logiciels dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance.⁶⁷

Ces informations doivent être fournies *avant* que le consommateur ne soit lié par un contrat. Les modalités formelles restent, à ce stade, assez souples puisque les informations prescrites au stade précontractuel doivent être fournies ou mises à la disposition du consommateur « sous une forme adaptée à la technique de communication utilisée ». ⁶⁸ Ni le papier, ni le support durable ne sont requis à ce moment. En outre, une simple « mise à disposition » des informations, qui peut requérir une démarche active du consommateur pour en prendre connaissance, paraît suffisante.

L'utilisation d'un appareil mobile par le consommateur ne devrait donc pas constituer un obstacle à l'accomplissement de cette obligation d'information. Concernant les contenus numériques, on peut utilement se référer aux *Guidelines* établies par la Commission UE dans lesquelles celle-ci illustre très concrètement la manière dont ces informations peuvent être fournies, sur un site internet ou avec un *smartphone*.⁶⁹

Conformément à la directive sur les droits des consommateurs, le livre VI impose des modalités formelles complémentaires dans les contrats conclus à distance et par voie électronique, spécialement lorsqu'une obligation de paiement repose sur le consommateur. Il est ainsi requis que le consommateur soit informé des principales caractéristiques du bien ou du service, du prix, de la durée du contrat et de la durée des obligations minimales qui s'imposent à lui au titre du contrat et ce, d'une manière claire et apparente, avant de passer sa commande.⁷⁰ De même, « l'entreprise veille à ce que le consommateur, lorsqu'il passe sa commande, reconnait explicitement que celle-ci implique une obligation de payer. Si, pour passer une commande, il faut activer un bouton ou une fonction similaire, le bouton ou la fonction similaire porte uniquement la mention facilement lisible « commande avec obligation de paiement » ou une formule analogue, dénuée d'ambiguïté, indiquant que passer la commande oblige à payer l'entreprise. Si l'entreprise ne respecte pas le présent alinéa, le consommateur n'est pas lié par le

⁶⁷ Art. VI.45, § 1^{er}, 18° et 19°, du C.D.E.

⁶⁸ Art. VI.46, § 1^{er}, du C.D.E.

⁶⁹ Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU ...*, *op. cit.*, pp. 69 et s.

⁷⁰ Art. VI.46, § 2, du C.D.E.

contrat ou par la commande». Enfin, des obligations d'information relatives aux éventuelles restrictions de livraison et aux moyens de paiement acceptés par le professionnel sont également imposées aux sites de commerce électronique et ce, au plus tard au début du processus de commande.⁷¹

Quant au livre XII du C.D.E., il impose la communication d'informations avant que le destinataire du service ne passe commande par voie électronique. Elles concernent «1° les langues proposées pour la conclusion du contrat; 2° les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat; 3° les moyens techniques pour identifier et corriger les erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée; 4° [la question de savoir] si le contrat une fois conclu est archivé ou non par le prestataire de services et s'il est accessible ou non» (art. XII.7, § 1^{er}, du C.D.E.). Sur le plan formel, les informations doivent être formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque. La généralité des termes employés pour déterminer la manière dont les informations doivent être communiquées permet de lever toute difficulté au moment de les accomplir au moyen d'un appareil mobile.

21. **Exigences requises après la conclusion du contrat.** Des informations doivent être confirmées après la conclusion du contrat: il est ainsi requis de l'entreprise qu'elle fournisse une confirmation du contrat conclu sur un support durable, comprenant les informations visées à l'article VI.45, § 1^{er} (sauf si l'entreprise a déjà fourni ces informations au consommateur sur un support durable avant la conclusion du contrat à distance).⁷² Cette confirmation doit intervenir «dans un délai raisonnable après la conclusion du contrat et, au plus tard, au moment de la livraison du bien ou avant l'exécution du contrat de service».⁷³

En outre, conformément à l'article XII.9 du C.D.E., le prestataire doit accuser réception de la commande sans délai injustifié et par voie électronique. Cet accusé de réception doit contenir un récapitulatif de la commande.

L'exigence d'une «fourniture» des informations sur un «support durable», telle que requise par l'article VI.46, § 7, du C.D.E., doit être bien comprise, de manière à identifier si elle peut constituer une difficulté au moment d'être accomplie avec un appareil mobile.

S'agissant de la «fourniture» des informations, on peut déduire des termes utilisés que le consommateur doit avoir la possibilité de conserver une attitude passive⁷⁴: autrement dit, il ne doit effectuer aucune démarche particulière en vue de prendre connaissance de l'information. Parallèlement, les termes indiquent, dans le chef du professionnel, un comportement actif qui ne peut se réduire à une simple mise à disposition des informations. Dans l'arrêt *Content Services*, la

Cour de justice a décidé que «lorsque les informations qui se trouvent sur le site Internet du vendeur ne sont rendues accessibles que par un lien communiqué au consommateur, ces informations ne sont ni «fournies» à ce consommateur ni «reçues» par celui-ci au sens de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7» (point 37 de l'arrêt).

Quant au support durable, il désigne «tout instrument permettant au consommateur ou à l'entreprise de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées».⁷⁵ Il ressort de cette définition que le support durable doit remplir trois fonctions⁷⁶, à l'instar de l'écrit (ou du papier dans l'environnement traditionnel): garantir la lisibilité, la pérennité et, même si c'est plus controversé, l'intégrité de l'information. Il constitue donc un équivalent fonctionnel de l'écrit. Comme l'a indiqué la Cour de justice dans l'arrêt *Content Services*⁷⁷, à propos de l'alternative entre l'écrit et le support durable, «le législateur de l'Union a prévu deux solutions fonctionnellement équivalentes et, ainsi, une exigence d'équivalence de tels supports. Dans ces conditions [...], un substitut au support papier peut être considéré comme étant susceptible de correspondre aux exigences de protection du consommateur dans le contexte des nouvelles technologies à condition qu'il remplisse les mêmes fonctions que le support papier» (points 40 et 41 de l'arrêt).

Le considérant n° 23 de la directive sur les droits des consommateurs donne des exemples de procédés susceptibles d'être qualifiés de supports durables. Sont ainsi mentionnés «le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques dur d'ordinateur ainsi que les courriels». Plus discutée est la question de savoir si une page web répond, ou pas, à la définition fonctionnelle du support durable. Dans l'arrêt *Content Services*, la Cour de justice a ainsi jugé qu'«il ne ressort pas du dossier que le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur permet à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur» (point 46). L'exigence du support durable n'est donc pas respectée en l'espèce.

Il résulte de ce qui précède que le prestataire ne respecte pas son obligation d'information s'il se limite à rendre ses conditions contractuelles accessibles sur son site internet (ou la version mobile de celui-ci) ou sur son application, que le consommateur a téléchargée sur son smartphone. Un lien hypertexte dans le courriel de confirmation, renvoyant vers ces conditions, est également

⁷¹ Art. VI.46, § 3, du C.D.E.

⁷² Art. VI.46, § 7, du C.D.E.

⁷³ Art. VI.46, § 7, du C.D.E.

⁷⁴ Voy. C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*, point 33. Voy. aussi C.J.U.E., 25 janvier 2017, aff. C-375/15, *Bawag*.

⁷⁵ Art. I.8, 19°, du C.D.E.

⁷⁶ Voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 367 et s., n° 278.

⁷⁷ C.J.U.E., 5 juillet 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd*. Voy. aussi C.J.U.E., 25 janvier 2017, aff. C-375/15, *Bawag*.

insuffisant. Aussi faut-il recommander au prestataire de joindre les conditions contractuelles, au format pdf par exemple, au courriel de confirmation transmis au consommateur.

Cela permet du reste de respecter l'exigence figurant à l'article XII.7, § 2, du C.D.E., aux termes duquel « les clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire ». On considère généralement que ces fonctions sont garanties et le prescrit légal respecté si les informations accessibles à travers un site web peuvent être imprimées ou enregistrées sur le disque dur de l'internaute.⁷⁸ Lorsque le consommateur utilise un appareil mobile, il pourra rencontrer des difficultés au moment d'imprimer un document ou de l'enregistrer (même si, techniquement, cela reste possible). En lui transmettant un courriel comportant, en pièce jointe, les conditions contractuelles, il lui sera plus facile de les imprimer ou de les enregistrer, en consultant le message au moyen d'un autre appareil (son ordinateur portable, par exemple).

22. Prise en compte des limites spécifiques au commerce mobile. Lorsqu'il existe des contraintes d'espace, des solutions sont apportées par la directive sur les droits des consommateurs⁷⁹ et, désormais, par le livre VI du C.D.E., pour les contrats à distance ne portant pas sur des services financiers⁸⁰, qui instaure un mécanisme d'information en deux temps.

Suivant l'article VI.46, § 4, du Code, « si le contrat est conclu selon une technique de communication à distance qui impose des contraintes d'espace ou de temps pour la présentation des informations, l'entreprise fournit, sur la technique en question et avant la conclusion du contrat, au minimum les informations précontractuelles concernant les principales caractéristiques des biens ou des services, l'identité de l'entreprise, le prix total, le droit de rétractation, la durée du contrat et, dans le cas des contrats à durée indéterminée, les modalités pour mettre fin au contrat, telles qu'énoncées à l'article VI.45, § 1^{er}, 2^o, 5^o, 8^o et 15^o. L'entreprise fournit au consommateur les autres informations visées à l'article VI.45, § 1^{er}, sous une forme adaptée conformément au paragraphe 1^{er} du présent article ».

On peut regretter que les mentions informatives spécifiques aux contenus numériques (concernant les fonctionnalités ou les questions d'interopérabilité) ne soient pas nécessairement requises avant la conclusion du contrat.

Au-delà, nous sommes d'avis que la théorie des équivalents fonctionnels, utilisée pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique, devrait être étendue à cette hypothèse: d'autres mécanismes,

⁷⁸ En ce sens, E. MONTERO, M. DEMOULIN et Ch. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, p. 89.

⁷⁹ Art. 8 (4) de la directive sur les droits des consommateurs. Sur ce point, voy. aussi le considérant n° 36.

⁸⁰ On trouvait déjà des règles en ce sens dans la L.P.M.C. (art. 52, § 2, et art. 90, § 3), qui ont aussi été conservées dans le livre VI du C.D.E. (art. VI.57, § 2, et art. VI.99, § 3).

fonctionnellement équivalents aux obligations d'information – en ce sens qu'ils permettent au moins d'atteindre les finalités de ces exigences – pourraient ainsi être mis en place. On songe à l'intervention de tiers de confiance (pour stocker les informations qui ne pourraient pas être enregistrées sur l'appareil mobile) ou à l'octroi un droit de rétractation plus étendu (le consentement n'étant pas suffisamment informé).

Les limites d'espace peuvent également être prise en compte au moment de décider si une pratique commerciale est trompeuse par omission et, par conséquent, déloyale, au sens de l'article VI.99 du C.D.E. Le paragraphe 3 de cette disposition énonce ainsi que « lorsque le moyen de communication utilisé aux fins de la pratique commerciale impose des limites d'espace ou de temps, il convient, en vue de déterminer si des informations ont été omises, de tenir compte de ces limites ainsi que de toute mesure prise par l'entreprise pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens ».

La jurisprudence a été amenée à interpréter cette disposition. S'agissant d'une publicité dans le domaine des offres télécom *triple play*, où il était reproché à l'opérateur, dans le cadre d'un spot télévisé, un manque d'information sur les frais additionnels à supporter par le consommateur, le Président du Tribunal de commerce de Mons a écarté le reproche, considérant que « le consommateur moyen doit être conscient de ce que l'information relative au prix de divers packs, diffusée à l'occasion d'un spot publicitaire télévisé de 20 secondes qui renvoie à un numéro d'appel ou au site internet pour de plus amples informations sur les tarifs et conditions, ne peut être complète et qu'il lui appartient de s'informer d'avantage avant d'envisager une décision éclairée sur une transaction ».⁸¹ La décision est réformée en appel⁸²: d'après la Cour d'appel de Mons, « les limites inhérentes à la diffusion d'un spot publicitaire télévisé d'une durée de 20 secondes ne suffisent pas à justifier ce manquement puisque le spot publicitaire ne précise même pas que 'l'offre est soumise à conditions', contrairement à ce qu'a indiqué le premier juge. Un spot qui ne précise nullement que l'offre '39,90 euros par mois' peut être soumise à certaines conditions peut influencer le consommateur moyen puisque celui-ci entreprendra nécessairement une démarche téléphonique ou une démarche sur internet avant d'être en mesure de connaître avec précision le coût exact de l'abonnement pour ce pack, modem et décodeur inclus ».

B. DROIT DE RÉTRACTATION

23. Distinction suivant que l'objet du contrat est un bien, un service ou un contenu numérique. Nous nous penchons, dans un premier temps, sur les règles régissant le droit de rétractation pour les biens et les services (1). Ensuite, nous

⁸¹ Comm. Mons (prés.), 9 mars 2012, *Ann. Prat. Comm.*, 2012, p. 181.

⁸² Mons, 16 septembre 2013, *Ann. Prat. Comm.*, 2013, p. 135.

voyons de quelle manière les règles sont modalisées pour les contenus numériques, très fréquents sur les appareils mobiles (2).⁸³

1. Règles applicables aux biens et aux services

24. Durée et point de départ. Pour protéger le consentement du consommateur dans les contrats à distance, un droit de rétractation lui est octroyé. Le consommateur dispose d'un délai de 14 jours calendrier pour se rétracter, sans avoir à motiver sa décision et « sans encourir d'autres coûts que ceux prévus à l'article VI.50, § 2, et à l'article VI.51 ». ⁸⁴

Le point de départ est fixé au « jour où le consommateur ou un tiers autre que le transporteur et désigné par le consommateur prend physiquement possession du bien ». ⁸⁵ Pour les contrats de service, c'est le jour de la conclusion du contrat qui est pris en compte.

La prestation de service ⁸⁶ peut commencer avant la fin du délai de rétractation mais, dans ce cas, une demande expresse du consommateur est requise. ⁸⁷

25. Information du consommateur sur l'existence du droit. L'effectivité du droit de rétractation est subordonnée à la connaissance, par le consommateur, de l'existence (ou de l'absence) d'un tel droit et de la manière de l'exercer. Plusieurs obligations d'information concernent ainsi le droit de rétractation. ⁸⁸

Pour faciliter la tâche des entreprises (et, partant, renforcer la protection du consommateur), un formulaire contenant les informations standardisées est annexé au livre VI. A cet égard, après avoir rappelé que les informations pouvaient être fournies au moyen des informations standardisées figurant sur le modèle visé à l'annexe 1, il est expressément stipulé que « l'entreprise a respecté les obligations d'information énoncées aux points précités du paragraphe 1^{er}, 8^o, 9^o et 10^o, si elle a fourni lesdites informations au consommateur, correctement complétées ». ⁸⁹

26. Exercice du droit de rétractation par le consommateur. S'il souhaite exercer son droit de rétractation, le consommateur doit en informer l'entreprise

⁸³ A ce sujet, voy. en particulier H. JACQUEMIN et J. LESAGE, « Aspects contractuels et de protection du consommateur dans le commerce en ligne », *La révolution digitale des start-up*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 103-144.

⁸⁴ Art. VI.47, § 1^{er}, du C.D.E.

⁸⁵ Art. VI.47, § 2, du C.D.E. Le livre VI envisage également certaines hypothèses spécifiques, telles que les biens multiples commandés par le consommateur dans une seule commande et livrés séparément, la livraison d'un bien composé de lots ou de pièces multiples et les contrats portant sur la livraison régulière de biens pendant une période de temps définie.

⁸⁶ Ou la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain.

⁸⁷ Art. VI.46, § 8, du C.D.E.

⁸⁸ Art. VI.45, § 1^{er}, 8^o-11^o, du C.D.E.

⁸⁹ Art. VI.45, § 3, du C.D.E.

avant l'expiration du délai prévu par la loi. ⁹⁰ Une nouvelle fois, le législateur est soucieux de faciliter la tâche du professionnel puisque celui-ci peut proposer au consommateur l'utilisation du formulaire de rétractation figurant à l'annexe 2 du livre VI. Il est également loisible au consommateur « de faire une autre déclaration dénuée d'ambiguïté exposant sa décision de se rétracter du contrat ». Ces modes de communication peuvent également être proposés en ligne, à travers le site internet du professionnel. Dans ce cas, l'entreprise a cependant l'obligation d'accuser réception de la rétractation sur un support durable.

27. Obligations de l'entreprise. L'entreprise doit rembourser le consommateur des paiements qu'elle a reçus (en ce compris les frais de livraison ⁹¹ standard ⁹²) sans retard excessif et au plus tard « dans les quatorze jours suivant celui où elle est informée de la décision du consommateur de se rétracter du contrat ». ⁹³ Dans ce cadre, elle doit normalement utiliser le même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur.

Le professionnel pourrait craindre de rembourser le consommateur avant d'avoir reçu le bien en retour (et d'avoir contrôlé son état). Pour répondre à cette préoccupation, le livre VI l'autorise, dans le cas de la vente, « à différer le remboursement jusqu'à récupération des biens ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni la preuve d'expédition des biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits ». ⁹⁴

28. Obligations du consommateur. L'obligation principale qui repose sur le consommateur en cas d'exercice du droit de rétractation est de renvoyer le bien (sauf si l'entreprise propose de les récupérer elle-même). ⁹⁵ La L.P.M.C. ne lui imposait aucun délai particulier pour s'exécuter. Le livre VI, au contraire, exige qu'il le fasse sans retard excessif et au plus tard dans les quatorze jours qui suivent sa décision de se rétracter.

En matière de prestation de service (ou pour la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou de chauffage urbain), lorsque le consommateur a

⁹⁰ Art. VI.49 du C.D.E. Plus précisément, la communication doit être adressée à l'entreprise pendant ce délai. Peu importe, dès lors, si elle lui parvient ultérieurement.

⁹¹ La question de savoir si une entreprise de vente par correspondance pouvait imputer au consommateur un forfait de 4,95 EUR pour les frais d'expédition et conserver ce montant même si le droit de rétractation était exercé a été posée à la Cour de justice (C.J.U.E., 15 avril 2010, aff. C-511/08, *Heine*). Elle a répondu par la négative et rappelé dans ce cadre les objectifs poursuivis par le législateur en limitant les frais imputables au consommateur: il faut en effet éviter que celui-ci hésite à exercer son droit de rétractation (points 54 à 56 de l'arrêt).

⁹² Art. VI.50, § 2, du C.D.E.

⁹³ Art. VI.50, § 1^{er}, du C.D.E. Suivant la L.P.M.C., l'entreprise disposait d'un délai de 30 jours pour effectuer le remboursement.

⁹⁴ Art. VI.50, § 3, du C.D.E.

⁹⁵ Art. VI.51, § 1^{er}, du C.D.E.

demandé expressément à ce que le service commence avant la fin du délai de rétractation, il ne perd pas pour autant ce droit, mais peut être tenu de payer une indemnité à l'entreprise. Aux termes de l'article VI.51, § 3, «il paie à l'entreprise un montant qui est proportionnel à ce qui a été fourni jusqu'au moment où il a informé l'entreprise de l'exercice du droit de rétractation par rapport à l'ensemble des prestations prévues par le contrat. Le montant proportionnel à payer par le consommateur à l'entreprise est calculé sur la base du prix total convenu dans le contrat. Si le prix total est excessif, le montant approprié est calculé sur la base de la valeur marchande de ce qui a été fourni». Aucun coût ne peut par contre lui être imputé s'il apparaît que l'entreprise ne lui a pas fourni certaines informations sur le droit de rétractation (visées à l'art. VI.45, § 1^{er}, 8^o ou 10^o) ou si le consommateur «n'a pas expressément demandé que l'exécution commence pendant le délai de rétractation en application de l'article VI.46, § 8».⁹⁶

La question se pose de savoir ce que le consommateur est autorisé à faire avec le bien pendant le délai de rétractation (et, accessoirement, si une indemnité compensatrice peut lui être imposée). La L.P.M.C. ne répondait pas expressément à la question. Le livre VI comble heureusement cette lacune en stipulant que «la responsabilité du consommateur n'est engagée qu'à l'égard de la dépréciation des biens résultant de manipulations des biens autres que celles nécessaires pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement de ces biens».⁹⁷

29. Exceptions au droit de rétractation. Le livre VI contient une liste de treize hypothèses dans lesquelles aucun droit de rétractation n'est octroyé au consommateur.⁹⁸

Plusieurs d'entre elles figuraient déjà dans la L.P.M.C.⁹⁹

D'autres sont nouvelles (ou ont subi des modifications par rapport à la L.P.M.C.). On songe par exemple aux «contrats de service après que le service a été pleinement exécuté si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra son droit de rétractation une fois que le contrat aura été pleinement exécuté par l'entreprise», à «la fourniture de biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou d'hygiène et qui ont été descellés par le consommateur après la livraison» ou à «la prestation de services d'hébergement, autres qu'à des fins résidentielles, de transport, de location de voiture, de restauration ou de services liés à des activités de loisir si le contrat prévoit une date ou une période d'exécution spécifique».

⁹⁶ Art. VI.51, § 4, du C.D.E.

⁹⁷ Art. VI.51, § 2 du C.D.E. On peut ég. se référer à la jurisprudence de la Cour de justice (C.J.C.E., 3 septembre 2009, aff. C-489/07, *Messner*. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. H. JACQUEMIN, «Arrêt 'Messner': l'indemnité compensatrice parfois réclamée au consommateur en cas de rétractation dans un contrat à distance», *J.D.E.*, 2009, pp. 273-277).

⁹⁸ Art. VI.53 du C.D.E.

⁹⁹ Voy. par ex. l'art. VI.53, 3^o, 9^o et 10^o, du C.D.E.

2. Règles spécifiques aux contenus numériques

30. Circonstances modalisant l'application du droit de rétractation. A l'instar de la directive sur les droits des consommateurs, l'article VI.47, § 1^{er}, du C.D.E. énonce le principe suivant lequel le consommateur dispose d'un délai de 14 jours pour se rétracter d'un contrat à distance.

Pour le point de départ du délai, cette disposition fait référence aux notions de «contrat de vente» et de «contrat de service». La directive traite quant à elle de l'hypothèse du «contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel».

Aussi faut-il faire une distinction suivant que le contenu numérique est fourni sur un support matériel ou pas, tout en tenant compte du fait que l'exécution du contrat a commencé (ou pas).

Eu égard aux particularités des contenus numériques (musique, films, jeux vidéo, etc.), on conçoit sans peine que le mécanisme du droit de rétractation est nettement moins efficient que pour les biens traditionnels (et qu'en général, il restera très théorique). Sans téléchargement, même partiel, du morceau de musique, le consommateur ne peut pas apprécier correctement si son consentement a été donné en pleine connaissance de cause. D'un autre côté, si l'exécution du contrat commence et que la musique est téléchargée sur l'appareil mobile du consommateur, les intérêts de l'entreprise seront probablement méconnus puisque, si le droit de rétractation est exercé, l'entreprise devrait normalement rembourser le consommateur sans avoir la garantie qu'il a supprimé le contenu. Sans réelle surprise, et avec raison, le législateur a privilégié les intérêts des entreprises en privant le consommateur de droit de rétractation dans ce cas de figure.

31. Principe: octroi d'un droit de rétractation aussi longtemps que l'exécution du contrat n'a pas commencé. Aussi longtemps que l'exécution du contrat n'a pas commencé, le consommateur possède un droit de rétractation – plus théorique que pratique ... – de 14 jours, comme pour les contrats de vente et les contrats de service (le dernier album a été commandé et payé mais la musique n'est pas encore téléchargée).

Pour les contenus numériques non fournis sur un support matériel, la directive sur les droits des consommateurs prévoit expressément que ce délai commence à courir du jour de la conclusion du contrat (comme pour les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz et d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain).¹⁰⁰ L'article VI.47, § 1^{er}, 3^o, du Code reprend les termes de la directive pour ces autres contrats, mais ne mentionne pas les contenus numériques. On comprend que cet «oubli» du législateur belge est justifié par le fait qu'il considère, à tort, que le contrat portant sur un contenu numérique non fourni sur un support matériel

¹⁰⁰ Art. 9 (2) c), de la directive sur les droits des consommateurs.

est un contrat de service.¹⁰¹ Le régime du droit de rétractation n'est toutefois pas affecté puisque, pour les services, le point de départ est également fixé au moment de la conclusion du contrat.

Le contenu numérique fourni sur un support matériel – le film fourni sur un DVD – est assimilé à un bien.¹⁰² Le contrat portant sur celui-ci est donc qualifié de « contrat de vente ». Dans ce cas, le délai de rétractation commence à courir au moment où le consommateur prend physiquement possession du bien.¹⁰³

32. Absence de droit de rétractation lorsque l'exécution du contrat a commencé. Dans la majorité des cas, le consommateur voudra profiter immédiatement du contenu numérique mis à sa disposition (regarder le film, jouer au jeu vidéo, télécharger l'application sur son smartphone, etc.). Il souhaitera donc que *l'exécution du contrat commence immédiatement (et en tout cas, avant la fin du délai de rétractation)*, ce qui aura pour conséquence de le priver de son droit de rétractation.

S'il s'agit d'un contenu numérique *qui n'est pas fourni sur un support matériel*, l'hypothèse est prévue à l'article VI.53, 13°, du C.D.E.: « le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu à l'article VI.47, pour [...] la fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de rétractation ».

Pour « compenser » cette perte du droit de rétractation, le législateur exige que deux conditions complémentaires soient satisfaites avant la conclusion du contrat: (1) le consommateur doit donner un accord préalable et exprès à l'exécution du contrat et (2) il doit reconnaître que ce faisant, il perd son droit de rétractation. Après la conclusion du contrat, il est également requis que l'entreprise fournisse au consommateur la confirmation du contrat conclu, sur un support durable, et que

¹⁰¹ Suivant le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs, « de même que les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou les contrats portant sur la fourniture de chauffage urbain, les contrats relatifs à des contenus numériques non fournis sur un support matériel ne devraient être qualifiés, aux fins de la présente directive, ni comme contrats de vente ni comme contrats de service ». Il y aurait ainsi quatre sortes de contrats régis par la directive sur les droits des consommateurs: le contrat de vente, le contrat de service, le contrat portant sur la fourniture de service d'intérêt public et le contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel. Par contre, telle n'est pas la compréhension du législateur belge: les travaux préparatoires de la loi de transposition indiquent en effet que « la fourniture de contenu numérique doit être considérée comme un contrat de vente de bien si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD. Elle doit par contre être considérée comme un contrat de service si le contenu numérique n'est pas fourni sur un tel support matériel » (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001, p. 16.).

¹⁰² Voy. en ce sens le cons. n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs: « si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD, il devrait être considéré comme un bien au sens de la présente directive ».

¹⁰³ Art. VI.47, § 2, 2°, du C.D.E.

cette confirmation contienne, outre les informations visées à l'article VI.45 (sauf exception), « la confirmation de l'accord préalable exprès et la reconnaissance par le consommateur conformément à l'article VI.53, 13° » (art. VI.47, § 7, du C.D.E.).

A défaut, une sanction spécifique est prévue. Suivant l'article VI.51, § 4, 2°, du C.D.E., le consommateur n'est redevable d'aucun coût lorsque « a) [il] n'a pas donné son accord préalable exprès pour que l'exécution commence avant la fin du délai de 14 jours visé à l'article VI.47; ou b) [il] n'a pas reconnu perdre son droit de rétractation en donnant son accord; ou c) l'entreprise a omis de fournir une confirmation conformément à l'article VI.46, § 7 ».

Tenant compte de cette sanction potentielle (et des risques qui en résultent), il est recommandé aux entreprises de mettre en place, dans le tunnel contractuel, les procédures garantissant que les exigences ont bien été observées, spécialement avant la conclusion du contrat. En pratique, la meilleure manière de faire, pour l'entreprise, consiste à ajouter une case à cocher à l'issue du processus de commande (et juste avant la validation de celle-ci¹⁰⁴), assortie de la mention suivant laquelle: « j'accepte que l'exécution du contrat commence dès la validation de la commande et reconnais que, ce faisant, je perds mon droit de rétractation ». Cette manière de faire est toutefois assez lourde et sera généralement accueillie avec peu d'enthousiasme par les commerciaux chargés de concevoir la plateforme ... Une « simple » acceptation des conditions générales – par une case à cocher spécifique – contenant la clause requise, perdue au milieu des autres dispositions contractuelles, ne nous paraît pas suffisante pour répondre à l'exigence de l'accord exprès. La *ratio legis* commande en effet de mettre l'accent sur la clause, de sorte que le consommateur comprenne précisément sa portée et les conséquences susceptibles d'en résulter. Il nous paraît par contre acceptable de faire apparaître la clause, de manière bien visible, au moment du récapitulatif de la commande, et de rédiger celle-ci de manière telle que le consommateur soit bien conscient qu'en cliquant sur le bouton suivant lequel il valide l'achat, il donne également son accord à ce propos.

S'agissant par contre d'un *contenu numérique fourni sur un support matériel*, il faudra tenir compte d'une autre exception au droit de rétractation concernant « la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés après livraison ».¹⁰⁵ La pratique est bien connue, et du reste utilisée depuis de nombreuses années: si le consommateur brise le film plastique qui entoure l'emballage du DVD ou du CD-ROM, il perd son droit de rétractation. A partir de ce moment, il est en effet impossible à l'entreprise de savoir si le consommateur a conservé une copie du contenu ou l'a utilisé au-delà de ce qui est raisonnablement permis pour garantir un consentement

¹⁰⁴ Elle peut par exemple figurer dans le récapitulatif de la commande, à l'endroit où le consommateur doit par ailleurs cocher les cases suivant lesquelles il a lu et accepte les conditions générales d'utilisation et la charte vie privée.

¹⁰⁵ Art. VI.53, 9°, du C.D.E.

éclairé. Si les entreprises veillent généralement à informer le consommateur des conséquences du descellement après livraison, on observe que, contrairement aux contenus numériques non fournis sur un support matériel, aucune obligation spécifique d'information n'est imposée, ni *a fortiori* de sanction prévue en cas de non-respect. C'est d'après nous une différence de traitement potentiellement contraire au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10-11 Const.).

IV. CONCLUSION

33. **Quelle protection pour le consommateur mobile?** On constate en définitive que le consommateur de commerce mobile bénéficie de très nombreuses mesures de protection. Certaines d'entre elles ont d'ailleurs été modalisées pour tenir compte des contraintes posées par les appareils mobiles.

Il semble donc qu'il ne soit pas nécessaire d'adopter des règles spécifiques additionnelles pour les contrats conclus par ce biais.

On sera néanmoins conscient que ce mode spécifique de contracter tend à exacerber des difficultés rencontrées par ailleurs, dès lors qu'il peut impliquer des mineurs (qui sont de grands utilisateurs des appareils mobiles) ou peut engendrer des risques spécifiques en termes de vie privée (en ce que l'appareil mobile peut, par exemple, fournir des données de localisation très utiles en termes de marketing).

De nouvelles règles devraient par ailleurs être adoptées à brève échéance, si les nombreuses propositions de la Commission, introduites dans le cadre de sa Stratégie pour un marché unique numérique, voient le jour. Sans nul doute, elles contribueront à renforcer davantage la position du consommateur qui utilise son appareil mobile.

Il n'en reste pas moins qu'au final, le cadre normatif gagne en complexité. On peut également regretter qu'une plus grande attention ne soit pas portée à l'effectivité des règles adoptées et aux sanctions susceptibles d'être prises (dans le cadre de mesures procédurales accessibles aux consommateurs). Sans celles-ci, malheureusement, les règles matérielles de protection perdront en efficacité.